



SECCIÓN QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL  
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 5ª)  
Las Palmas de Gran Canaria  
Teléfono: 928 42 99 15  
Fax.: 928 42 97 75  
Email: s05audprov.lpa@justiciaencanarias.org  
Proc. origen: Procedimiento ordinario N° proc. origen:  
0000201/2014-00  
Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 4 de  
Puerto del Rosario

Rollo: Recurso de apelación  
N° Rollo: 0000654/2016

Resolución: Sentencia 000357/2017

Intervención:

Apelado

Apelante

Interviniente:

Abogado:

Javier Martínez Puertas

Procurador:

## SENTENCIA

# NOTIFICADO

### COMPOSICIÓN DE LA SALA

Presidente

Don Víctor Caba Villarejo

Magistrados

Don Víctor Manuel Martín Calvo

Don Miguel Palomino Cerro (Ponente)

LICENCIADA EN DERECHO  
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES  
TLF ( ) MOVIL ( ) FAX ( )

En Las Palmas de Gran Canaria, a 20 de octubre de 2017.

Vistos por LA SECCIÓN QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS los autos del ROLLO identificado con el número 654/2016, dimanante del Procedimiento Ordinario que con el número 201/2014 se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Puerto del Rosarios, siendo apelante representado por la procuradora doña \_\_\_\_\_ y defendido por el letrado don \_\_\_\_\_, y apelada representada por la procuradora doña \_\_\_\_\_ y asistida por el letrado don Javier Martínez Puertas, se acuerda la presente resolución con apoyo en los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO





**PRIMERO.** El fallo de la sentencia de primera instancia dice <<Que estimando la demanda interpuesta por \_\_\_\_\_, contra \_\_\_\_\_, debo condenar y condeno a la demandada a abonar a la demandante la cantidad de 64.467,83 euros, más los intereses legales y las costas>>, aclarada posteriormente por auto que presenta el siguiente texto:<<Que en el Fallo donde pone "debo condenar y condeno a la demandada a abonar al demandante la cantidad de 64.467,83 euros, más los intereses legales y las costas" debe de decir "debo condenar y condeno a la demandada a abonar al demandante la cantidad de 64.467,83 euros, más los intereses pactado al tipo del 15% anual y las costas">>.

**SEGUNDO.** La referida sentencia se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, no habiéndose practicado prueba en esta segunda instancia, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 4 de octubre de 2017.

**TERCERO.** Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho y observando las prescripciones legales. Es Ponente de la sentencia el Ilmo. Sr. don Miguel Palomino Cerro, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.** I. La sentencia de primera instancia condenó al apelante en este grado a abonar a la apelada la suma de 64.467,83 euros, débito surgido de la evolución de las operaciones del apelante en el mercado de valores, operaciones que administraba la sociedad de valores apelada en virtud de dos contratos, de productos derivados financieros y de depósito y administración de valores respectivamente, suscritos por las partes el 4 de noviembre de 2005.

II. El Sr. \_\_\_\_\_ formula recurso de apelación aduciendo los siguientes motivos:

1. Falta de legitimación activa ad causam (párrafo tercero del folio segundo del escrito de recurso) justificada en que la parte actora no ha acreditado que hiciese frente a las pérdidas que afirma que se imputaron a la cuenta de valores del apelante y cuyo pago ha repetido en este expediente. Además, comunicado por la apelada al apelante el cierre de todas las posiciones de su cuenta a contar desde el 19 de mayo de 2009, considera que todas las operaciones posteriores ordenadas por la apelada no le vinculan. Sostiene en su alegación tercera que la apelada "no puede ejercitar la acción de cumplimiento de un contrato resuelto por ella misma casi un año y medio antes de la fecha respecto a la que suplica su cumplimiento".
2. Incongruencia puesto que, a su juicio, la sentencia debió resolver "sin apartarse de la causa de pedir" que "no se fundamenta en el incumplimiento del contrato (hecho anterior) sino en que Interdin (hecho posterior a aquél) debió responder de las pérdidas



frente al mercado”.

3. En el caso de no apreciarse los argumentos anteriores y entenderse que, según la apelante, se está ejercitando una acción de cumplimiento de un contrato en vigor, argumenta que el certificado de liquidación, y la fecha de su emisión, contradicen “*las normas sectoriales específicas que regulan su emisión*”. Pone de manifiesto que siendo la última orden de adquisición, ordenada por la apelada y no por el apelante, de fecha 18 de septiembre de 2009, no es de recibo que se “*tire el resultado final*” el 8 de septiembre de 2010. Amén de que se contradice con el aviso previo de cierre con efecto el 19 de mayo de 2009, fecha en la que se debió emitir el certificado. De hecho, el artículo 5.5 del contrato determina que el cierre de las operaciones ha de corresponderse con el de la certificación. Además, el comportamiento de la apelada conculca el artículo 79 del RD 217/2008 sobre régimen jurídico de empresa de servicios de inversión que les obliga a actuar en defensa del mejor interés de sus clientes. Y es que, aun cuando reconoce que la apelada podía cerrar algunas o todas las posiciones del cliente, lo que le parece un comportamiento lógico a éste es que “*si el saldo es negativo deben cerrarse todas*” (segundo párrafo del folio 7 del recurso), tal y como establece el artículo 18.3 del RD 1814/1991. En suma, que siendo el saldo en fecha 19 de mayo de 2009 negativo, debería haberse cerrado y liquidado ese día la cuenta y no posteriormente tras la práctica de operaciones ordenadas por la apelada sin intervención del apelante. En todo caso, los órganos jurisdiccionales pueden ejercitar la moderación prevista en el artículo 1103 del Código Civil.
4. “*Indebida condena al pago de intereses del 15% anual*” (moratorio). Discute asimismo el cómputo contenido en la reclamación. Afirma que desde el 19 de mayo de 2009 sólo procederían intereses legales ex 1108 del Código Civil. Y, en todo caso, el 15% lo considera abusivo atendiendo a su condición de consumidor.

III. La apelada opone en primer término una indebida admisión del recurso de apelación en aplicación de lo dispuesto en el artículo 215.5 de la LEC, que ordena que tras la aclaración de una resolución no ha de iniciarse nuevamente el plazo de veinte días para su apelación sino que han de computarse como periodo para la interposición del recurso los días transcurridos entre la notificación de la resolución recurrida y la solicitud por la recurrente de su aclaración. Considera, por tanto, que el recurso se admitió de forma extemporánea.

Subsidiariamente considera la apelada que la falta de legitimación activa que se invoca en el recurso no se puso de manifiesto en primera instancia puesto que los hechos controvertidos en dicho primer grado los conformaron únicamente la naturaleza del contrato, si de gestión o de intermediación, y la cuantía de la deuda reclamada, ya que el apelante pretendía sólo responder de las deudas derivadas de sus propias órdenes. De modo que no puede exigirse la prueba de que la apelada hubiese satisfecho la cantidad que repite en el mercado debido a que es miembro de las Bolsas de Barcelona y Madrid y negociador y liquidador del mercado secundario oficial –MEFF- y de Eurex (mayor mercado europeo de derivados financieros), que remite anualmente a la CNMV el legalmente exigido informe de solvencia, de modo que de no liquidar las deudas de sus clientes “*sería inmediatamente expulsada de todas las cámaras*” y “*gravemente sancionada por la CNMV*”.





Pone de manifiesto igualmente que ninguno de los documentos acompañantes a la contestación fue impugnado en la audiencia previa, por lo que no puede atacarse en esta segunda instancia el valor de la liquidación que conforma el documento número 5 de los acompañantes a dicho escrito. De cualquier forma, tal documento fue averado por la testigo propuesta por la contraparte,

Rechaza la incongruencia opuesta de contrario puesto que en la fundamentación jurídica de la demanda se aduce como fondo del asunto el incumplimiento contractual.

Aduce asimismo que de haber cerrado la liquidación en cualesquiera de las fechas pretendidas por el apelante (3 de abril, 16 de abril o 19 de mayo de 2009) la deuda hubiera sido mayor de la finalmente obtenida con las operaciones practicadas por la apelada.

Llegando al *quid* del conflicto, sostiene una tesis discrepante de la del apelante que, como dijimos, pretende que era obligación de la apelada cerrar la liquidación cuando se producía un descubierto en la cartera del cliente. Esta parte entiende, con la juez de primera instancia, que se trata de una facultad y no de una obligación. Y, de cualquier modo, el cliente puede favorecer el cierre cubriendo el descubierto, lo que no hizo el apelante, tal y como reconoció en la vista oral. De modo que *“el departamento de riesgos de cerró paulatinamente las posiciones abiertas por el cliente, comenzando por aquellas que más garantías exigían, en los momentos en que se consideraban más propicios”* (párrafo tercero del folio 9 de la oposición al recurso), *“facultad que se ejercitó siempre intentando e lo posible minimizar las pérdidas”* (párrafo cuarto).

Finalmente, en lo que atañe a los intereses moratorios entiende que no procede su nulidad por no encontrarnos ante un préstamo, que es el supuesto contemplado en la jurisprudencia invocada de contrario, ni concernir la operación a la adquisición de un bien de primera necesidad, como es una vivienda, ni haberse otorgado una garantía para el riesgo de no devolución de un capital prestado. Se trata de una simple cláusula penal.

**SEGUNDO.** Una vez remitidas desde el Juzgado de Puerto del Rosario las actuaciones a la Sala, advierte la parte apelante de una posible **nulidad de actuaciones** derivada del hecho de que no se hayan grabado en primera instancia los testimonios de quienes fueron llamados como testigos. No expone esta parte que la indefensión pueda afectarle porque, evidentemente, su defensa sí estuvo presente en dicho acto procesal y ha podido recoger en el recurso parte de los referidos testimonios. El motivo de nulidad radicaría, por tanto, en la imposibilidad de la Sala de acceder a la comprobación de pruebas. Mas, a nuestro juicio, dicha contingencia sólo se produciría en el caso en que las partes discreparan del contenido de alguno de los testimonios o del sentido que habría de darse a dicho contenido, lo que no se ha planteado en el recurso. Únicamente se hacen incontrovertidas remisiones a la confirmación por parte de la Sra. del texto de los correos electrónicos cruzados con el apelante. Por consiguiente, la Sala considera que en aras al principio de conservación de actos procesales y habida cuenta de que no se nos ha planteado en alzada ninguna cuestión que requiera un examen de si lo mencionado por los testigos alcanza uno u otro sentidos, no ha de declararse la nulidad de actuaciones pretendida.



**TERCERO. La inadmisión del recurso.** Plantea la parte apelada la indebida admisión



del recurso de apelación al no haberse computado a los efectos de su interposición el tiempo transcurrido entre la notificación de la sentencia y la solicitud de la aclaración por la parte contraria. Y cierto es que el apartado quinto del artículo 215 de la LEC en su más reciente redacción parece señalar que ha de computarse dicho periodo, pero la jurisprudencia ha advertido que el alcance de tal previsión legal deviene incompatible con otros preceptos de la misma ley adjetiva, como el 448.2, o de la superior jerárquica del Poder Judicial (artículo 267.9). Así lo recogíamos en nuestra sentencia de 20 de abril de 2011, que remitía a la de Asturias de 27 de noviembre de 2002 cuando decíamos *<<interpuesta una aclaración, el plazo para interponer el recurso de apelación debe volver a iniciarse de nuevo a partir de la notificación del Auto resolutorio de dicha aclaración Lógicamente y, teológicamente, por tanto, la sustanciación de la aclaración referida a una resolución objeto de apelación o de otro mecanismo revisorio ulterior, debe tener los mismos efectos suspensivos del plazo procesal correspondiente para interponer dicho recurso o remedio procesal>>*. Más claramente aún lo explica la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Tercera, en su sentencia de 23 de enero de 2014 al explicar que *<<tras la reforma de 2009, se observa no sólo la contradicción entre el art. 215.5 de la LEC y el art. 448.2 de la misma, sino que también se advierte entre el art. 215.5 de la LEC y el art. 267.9 LOPJ. Así, resultando del art. 267.9 LOPJ que los plazos para recurrir contra las resoluciones judiciales objeto de aclaración "comenzarán a computarse" desde la notificación del auto que resuelva ésta, lo que se compadece plenamente con el texto del art. 448.2 de la LEC, la superior jerarquía normativa de aquel precepto en relación con el art. 215.5 LEC (STS de 18-5-07) y las exigencias de la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos legalmente previstos (art. 24.1 CE), incompatibles con cualesquiera otras restricciones que las que se adviertan claramente y sin dificultad interpretativa del texto legal, obligan a considerar inaceptable la alegación de extemporaneidad deducida por la parte apelada al oponerse al recurso>>*. En consecuencia con lo expuesto, consideramos que el recurso ha sido formulado en plazo.

**CUARTO.** Se cuestiona la apelada si en el recurso y bajo el paraguas de la falta de legitimación activa se introduce o no un argumento no contenido en la contestación a la demanda, el consistente en la falta de prueba por la apelada de haber satisfecho en el mercado financiero la deuda que repite contra el apelante. Entendemos que dicho argumento puede apreciarse, aun cuando no se expone de manera explícita, en el párrafo tercero del hecho cuarto de la contestación a la demanda, donde se dice que *"se impugna expresamente la manifestación, no acreditada en modo alguno en la demanda[...]de que tuviese que responder de las pérdidas (se supone que de la cartera de mi mandante) frente a los Mercados"*. De modo que no constituye una argumentación *ex novo* y ha de ser objeto de análisis y tratamiento en alzada, aun cuando no haya sido examinada en primera instancia.

La **cuestión controvertida** integra todas las excusas que bajo las invocaciones de falta de legitimación activa, incongruencia o error en la valoración de la prueba conforman el recurso: el apelante se aferra a que sólo debería abonar el resultado de una liquidación datada el 19 de mayo de 2009. Pero se abstiene de señalar cuál es la suma que le correspondería abonar si se hubiese certificado la deuda en dicha fecha.

La parte apelada expone en su escrito de oposición al recurso que si se hubiese cerrado la cuenta en la fecha pretendida por el apelante, y que no niega que le fue a aquél anunciada





como tal, la suma a pagar habría sido mucho mayor (125.359,05 euros) que la finalmente certificada y reclamada (49.834,55 euros). Ambas cantidades no recogen el importe de los intereses moratorios devengados. Y ambas cifras se obtienen del extracto de cuenta aportado con la demanda de juicio ordinario, documento no impugnado en cuanto a su contenido (recuérdese que la única impugnación documental que ha realizado el apelante -en la contestación a la demanda- es la que atañe a la fecha de la certificación pero no a su contenido; en la audiencia previa no se impugnó ningún documento).

Sentado lo anterior, apreciamos que el comportamiento de la apelada consistente en cerrar la deuda con posterioridad a la fecha anunciada por ella misma puede hallar una doble cobertura, en todo caso más favorable al apelado que la que se desprende de su reiterada solicitud de que se le certificase la deuda debida con fecha de 19 de mayo de 2009. La primera se ampara en el texto del contrato de productos financieros derivados, en cuyo artículo 5.3 se prevé la posibilidad de que o las Cámaras puedan liquidar una deuda en caso de que el cliente no prestase las garantías pactadas, facultad potestativa y en modo alguno de ejecución automática u obligatoria. Bien es verdad que si anunció el cierre para una fecha, ejercitando dicha facultad potestativa, lo coherente habría sido actuar como advirtió y liquidar la deuda datada en la fecha anunciada. Pero como quiera que por el apelante no se ha acreditado, ni siquiera alegado, que el cierre en dicha fecha le habría sido más beneficioso que cuando lo hizo finalmente la sociedad de valores, entendemos que dicha contravención de lo anunciado no ha constituido ningún perjuicio para el cliente.

Pero es que, además, para el caso de que no estimemos viable la actuación de la sociedad de valores con posterioridad a la fecha de cierre por ella anunciada, encontramos una segunda cobertura de la referida conducta contradictoria en la figura de la gestión de negocios ajenos. El artículo 1893 del Código Civil señala que *“aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés”*. Y consideramos que el cierre de la cuenta en fecha distinta de la anunciada ha constituido una ventaja para el dueño del negocio, en este caso el apelante.

Sirva lo expuesto para despejar las dudas acerca de la legitimación de la sociedad de valores en lo que concierne a su actuación con posterioridad a la fecha anunciada de cierre de cuenta ya que podemos entender que ha actuado bien facultada por el texto del contrato bien por la figura recogida en nuestra legislación de la gestión de negocios ajenos. Explicación esta que conduce a rechazar una pretendida incongruencia ya que actuó, entendemos, bien como parte contratante que ejercita una facultad derivada del contrato y posteriormente repite contra el otro contrayente la suma pagada por ella a costa de aquél, bien como gestor de buena fe de negocios ajenos.

No podemos terminar este razonamiento sin hacer referencia a la ultimísima pretensión subsidiaria contenida en el recurso consistente en la aplicación del artículo 1103 del Código Civil, que permite a los tribunales moderar la cuantía de los daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual. Aplicación que, sin embargo, no es dable apreciar en el supuesto presente puesto que el referido precepto remite a una solución de equidad de los órganos jurisdiccionales cuando el incumplimiento *“procede de negligencia”* en el cumplimiento de obligaciones y en el supuesto presente el incumplimiento del apelante en modo alguno puede achacarse a una defectuosa o negligente observancia de sus obligaciones sino a una voluntaria desatención de las mismas.





**QUINTO.** I. Pretende igualmente el apelante que se declare cláusula abusiva la que fija el **interés moratorio** derivado de los impagos en el 18%. Declaración de abusividad que ampara en una pretendida condición de consumidor. Calificación esta que, sin embargo, la Sala no comparte. El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias dispone en el artículo 2 que *"está norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios"*, definiéndose el concepto de consumidor y usuario en el artículo 3 de la siguiente forma: *"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúen con un propósito ajeno a una actividad comercial o empresarial, oficio o profesión"*. De forma más restringida se define en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuyo artículo 2 b) considera consumidor a *"toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional"*. Como señalábamos en nuestro auto de 20 de septiembre de 2011, *<<el Tribunal Supremo, Sala 1ª, en sentencia de 15-12-2005 señala que 'El artículo 1 apartados 2 y 3, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quién demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico. No a quien lo hace para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios (sentencias de 18 de junio de 1999, 16 de octubre de 2000, 28 de febrero de 2002, 29 de diciembre de 2003 y 21 de septiembre de 2004)>>*. Por su parte, el TJUE en sentencias como las de 17 de marzo de 1998, 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005 concibe el acto de consumo como aquél que se refiere *"a las necesidades familiares o personales"* o *"a las propias necesidades del consumo privado de un individuo"*.

En modo alguno podemos concebir que la inversión en valores, con realización por el apelante de actividades de compra y venta diarias en el mercado oficial, comporte una operación que se destine al ámbito personal, familiar o doméstico o, como dice el antes mencionado TJUE, a la satisfacción de las necesidades de su consumo privado. Ciertamente es que se ha considerado consumidor en múltiples resoluciones al ciudadano que en su día adquirió acciones o participaciones de una entidad bancaria u otra sociedad, con un indiscutible destino vinculado a la evolución de los mercados bursátiles. Pero el perfil de estos es sumamente distinto al del aquí apelante ya que la actividad de aquellos se limitó a adquirir tales acciones y a esperar, de forma contemplativa, los resultados de las mismas atendiendo a las fluctuaciones del mercado de valores, mientras que en el supuesto presente nos hallamos ante un asiduo (diario) y activo partícipe en las operaciones de compra y venta de valores, intermediadas por la sociedad de valores apelante, que, a nuestro juicio, dista mucho de la





figura del consumidor-inversor pasivo. Por otro lado, la declaración de invalidez de tales operaciones no se pronunció con apoyo en la condición de consumidor del inversor sino por el incumplimiento por la sociedad bancaria que colocó sus participaciones o acciones en sus clientes de la ley reguladora del mercado de valores, incumplimiento que no ha sido invocado, o al menos no de forma explícita en este expediente.

Reparamos, por otro lado, en que la jurisprudencia que al respecto se contiene en la alegación quinta del recurso hace referencia a la declaración de abusividad de préstamos con consumidores, marco contractual muy diferente al analizado en este proceso.

En resolución, no revistiendo el apelante la condición de consumidor en relación con la operación controvertida, no puede el mismo valerse de la legislación que protege a los consumidores y usuarios y, por tanto, su pretensión de declaración de nulidad al respecto ha de rechazarse.

II. Sostiene igualmente el apelante que, como quiera que el contrato dejó de ser eficaz el 19 de mayo de 2009, los intereses que se han de devengar desde entonces han de ser los legales (1108 del Código Civil).

Rechazamos también este argumento. En primer término porque el contrato dejó de ejecutarse cuando se llevó a cabo la última operación para la que estaba facultada la apelada, más beneficiosa para el apelante como hemos dicho en el fundamento jurídico anterior, en septiembre de 2010. Y, en segundo lugar, porque el tipo de interés de demora se ha pactado en el contrato en el 18%, aplicable en todo tiempo y a cualquier cantidad debida, sin que se haya convenido que desde la fecha de liquidación y certificación de saldo habría de devengarse el interés legal. Olvida la parte que el artículo 1108 sólo adquiere virtualidad cuando no se ha pactado expresamente otro tipo distinto al legal.

**SEXTO.** La desestimación del recurso comporta imponer al recurrente el pago de las **costas** generadas en esta alzada –artículo 398.1 de la LEC-.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación formulado por DON  
contra la sentencia dictada el 31 de julio de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Puerto del Rosario en el juicio ordinario 201/2014, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición al apelante de las costas generadas en esta alzada.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán a Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.







Las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales serán impugnables a través de los recursos regulados en los Capítulos IV y V, del Título IV, del Libro II, de la Ley 1/2000, cuando concurren los presupuestos allí exigidos, y previa consignación del depósito a que se refiere la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre que introduce la Disposición Adicional Decimoquinta en la LOPJ.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

